

ZH_OBERGERICHT RB110009 vom 25. Oktober 2011

ZH Obergericht, 2011-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RB110009

FR: ZH_OBERGERICHT RB110009 du 25 octobre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT RB110009 del 25 ottobre 2011

Erwägungen

E. 1

a) D._____ S.p.A., ... [Ortschaft], (im folgenden: "D._____"), die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin, publizierte am 8. März 2006 die Voranmeldung (act. 7/13/9) und am 11. April 2006 ihr öffentliches Kaufangebot (act. 7/2/20) für sämtliche im Publikum befindlichen Aktien der damaligen A._____ Holding (im folgenden zur Unterscheidung von der Beschwerdeführerin: "Alt-A._____"). Der Angebotspreis betrug Fr. 440.-- (vor Ausschüttung der Dividende von Fr. 12.--). D._____ kündigte im Kaufangebot ihre Ziele an, die vollständige Kontrolle über die Alt-A._____ zu erlangen, die Aktien dekotieren zu lassen und entweder, bei Erreichen von 98% der Stimmrechte, die restlichen Minderheitsaktien nach Art. 33 BEHG kraftlos erklären zu lassen oder eine Fusion durchzuführen und den Minderheitsaktionären eine Barabfindung auszurichten (act. 7/2/20 S. 7). Nach Ablauf der Angebotsfrist hielt sie rund 91 % der Kapital- und Stimmrechte, am 31. Mai 2006, nach der obligatorischen Nachfrist, 94,82% (act. 2 S. 14 f.). Per 14. Juli 2006 wurden die Aktien der Alt-A._____ dekotiert. Die Beschwerdeführerin, unter dem damaligen Namen "E._____ AG", übernahm gemäss Fusionsvertrag vom 29. Juni 2006 die Alt-A._____ mittels Absorptionsfusion, wobei die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft eine Barabfindung von Fr. 428.-- pro Aktie erhielten (nach Ausschüttung der Dividende von Fr. 12.--), soweit sie nicht bereits Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft waren (Handelsregister des Kantons Zürich, Internet-Auszug). Die D._____ und die in Absprache mit ihr handelnde F._____, ... [Ortschaft], hatten 100 % der Aktien und Stimmrechte der übernehmenden Beschwerdeführerin. Am 23. bzw. 24. August 2006 genehmigten die Generalversammlungen der beiden Gesellschaften die Fusion, die Beschwerdeführerin einstimmig, die Aktionäre der Alt-A._____ mit 98,93% der stimmberechtigten Stimmen (act. 2 S. 19). Am tt.mm.2006 wurde die Fusion im SHAB publiziert. b) Die Kläger stellten mit der Klageschrift vom 27. Oktober 2006 vor dem Bezirksgericht Horgen folgende Rechtsbegehren: "a) Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern und allen ehemaligen Minderheitsaktionären der A._____ Holding (alt), ... [Adresse], die anlässlich der Fusion dieser Gesellschaft auf die Beklagte gegen eine Barabfindung ausgeschieden sind, eine vom Gericht festzulegende angemessene Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG zu zahlen; b) Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, an den Kläger B._____ für 1458 Namenaktien der A._____ Holding (alt) insgesamt eine Ausgleichszahlung von CHF 102 060 und an den Kläger C._____ für 500 Namenaktien der A._____ Holding (alt) insgesamt eine Ausgleichszahlung von CHF 35 000 zu leisten; c) Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten." Nach Durchführung diverser Schriftenwechsel, nach Edition von Urkunden der Beschwerdeführerin sowie einer Vergleichsverhandlung entschied das Bezirksgericht Horgen am 27. Januar 2011, die Angemessenheit der Abfindungszahlung

vom 29. Juni 2006 werde überprüft und es werde dazu ein Gutachten eingeholt (act. 6 Disp. Ziff. 1.a). Ferner setzte die Vorinstanz der Beklagten eine Frist von 20 Tagen an, um mit einem Barvorschuss von einstweilen Fr. 100'000.-- die Kosten des Gutachtens sicherzustellen (Disp. Ziff. 1.b) und schlug einen Gutachter vor, der als ernannt gelte, falls innert 20 Tagen nicht schriftlich und begründet Einwendungen gegen den Vorgeschlagenen erhoben würden (act. 6 Disp. Ziff. 2). c) Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beklagten und Beschwerdeführerin mit den Anträgen: "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 27. Januar 2011, wonach die Angemessenheit der Abfindungszahlung überprüft und ein Gutachten eingeholt wird, sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen;

E. 2

Eventualiter sei der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 27. Januar 2011, wonach die Angemessenheit der Abfindungszahlung überprüft und ein Gutachten eingeholt wird, aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

E. 3

Subeventualiter sei Dispositivziffer 1b des Beschlusses aufzuheben und das Bezirksgericht anzuweisen, einen der fachlichen Qualifikation und dem Spezialisierungsgrad des Gutachters entsprechenden angemessenen Vorschuss neu zu bestimmen, wenn der Gutachter feststeht;

E. 4

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

E. 5

Die Beschwerdegegner sehen derzeit keine Veranlassung, dem Gesuch der Beklagten um aufschiebende Wirkung der Beschwerde entgegenzutreten oder einen Antrag auf vorläufige Vollstreckung zu stellen" (act. 20 S. 1). 2. Anwendbares Verfahrensrecht / Antrag auf Fristerstreckung: a) Die Vorinstanz stützte ihren Beschluss vom 27. Januar 2011 zu Recht auf das bisherige zürcherische Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht ist dagegen die am 1. Januar 2011 in Kraft

- 5 - getretene schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) massgebend (Art. 405 Abs. 1 ZPO), auch wenn es sich um ein Rechtsmittel gegen einen prozessleitenden Beschluss handelt (KUKO ZPO-Domej, Art. 405 N 1-3). Die Auferlegung des Barvorschusses von Fr. 100'000.-- gemäss Dispositivziffer 1.b) des vorinstanzlichen Entscheids ist gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V. mit Art. 103 ZPO ohne weiteres anfechtbar. Dispositivziffer 1.a) ist hingegen nur dann anfechtbar, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Für die Frage, ob die Vorinstanz die für ihre Entscheidung geltenden Normen des zürcherischen Verfahrensrechts richtig angewendet hat, sind nach wie vor die altrechtlichen Normen massgebend, da die Vorinstanz als betroffene Instanz i.S. von Art. 404 Abs. 1 ZPO bis zum Verfahrensabschluss das alte Recht anzuwenden hat. Die Beschwerdeinstanz ist auf Rechtskontrolle beschränkt und hat daher grundsätzlich nur die Anwendung des kantonalen Prozessrechts durch die Vorinstanz zu überprüfen, wobei das alte Recht der Prüfungsinstanz bleibt (BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 405 N 15). b) Die den Beschwerdegegnern zur Beantwortung der Beschwerde angesetzte Frist ist eine gesetzliche Frist (Art. 322 Abs. 2 i.V. mit Art. 321 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Freiburg/Afheldt, Art. 322 N 8 und Art. 321 N 5) und daher nicht erstreckbar (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Damit erübrigt sich die von den Beschwerdegegnern erbetene

neuerliche Prüfung einer Fristerstreckung (act. 20 S. 1). 3. Hauptbegehren auf Klageabweisung In ihrem ersten bzw. Hauptbegehren beantragt die Beschwerdeführerin, die Klage sei abzuweisen. Sie begründet ihren Antrag damit, das Verfahren sei spruchreif. Sie sei nicht passivlegitimiert, denn es bestehe eine notwendige passive Streitgenossenschaft zwischen ihr und der D._____, weil gemäss dem Fusionsvertrag nicht sie, sondern nur die D._____ zur Zahlung der strittigen Abfindung verpflichtet gewesen sei (act. 2 S. 6). Zudem seien die rechtserheblichen Tatsachen zur Frage der Angemessenheit der Abfindung unbestritten (act. 2 S. 22 Ziff. 75).

- 6 - Die Vorinstanz hob die am 23. August 2007 verfügte (act. 7/14) Beschränkung des Prozessthemas auf die Frage des Rechtsschutzinteresses der Beschwerdegegner sowie der Passivlegitimation der Beschwerdeführerin am 28. August 2008 (act. 7/32) wieder auf mit der Begründung, die Fragen des Rechtsschutzinteresses und der Passivlegitimation müssten nicht abschliessend beurteilt werden. Es besteht demnach kein anfechtbarer diesbezüglicher Entscheid der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin beantragt, dass die Beschwerdeinstanz einen Erledigungsentcheid erlasse anstelle des prozessleitenden Beschlusses der Vorinstanz. Die Beschwerde steht nicht für eine Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses zur Verfügung, sondern es geht im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des angefochtenen Entscheids (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3). Bei einem reformatorischen Entscheid tritt die Beschwerdeinstanz an die Stelle der Vorinstanz (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 12; vgl. DIKE ZPO-Volkart, Art. 327 N 10) und entscheidet die vorinstanzlich entschiedenen Fragen neu (vgl. Art. 327 Abs. 2 lit b ZPO). Da die Vorinstanz einen prozessleitenden Entscheid erliess, welcher das Verfahren weder ganz noch teilweise beendete (vgl. Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, S. 242; Vogel/Spühler, Grundriss ZPR,

E. 8

A., Kap. 7 Rz. 93) kann die Beschwerdeinstanz bei einem allfälligen reformatorischen Entscheid ihrerseits ebenfalls lediglich einen prozessleitenden Entscheid erlassen, welcher das Verfahren nicht beendet. Auf das erste bzw. Hauptbegehren der Beschwerdeführerin auf Klageabweisung ist demnach nicht einzutreten. 4. Eventualantrag: Aufhebung der Anordnung eines Gutachtens (Disp. Ziff. 1.a) wegen Spruchreife a) Die Vorinstanz erwog, die Anforderungen an das Verfahren bei einer Barabfindungsfusion seien in mehreren Punkten nicht erfüllt worden. Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der Alt-A._____ sei nicht gelöst, die Abfindungssumme sei nicht auf die aktuellsten Daten abgestützt worden. Entgegen der Vorschrift von Art. 15 Abs. 4 lit. d FusG habe der Fusions-Prüfbericht die den verschiedenen angewendeten Methoden beigemessene relative Bedeutung nicht angegeben und deren Angemessenheit sei nicht schlüssig begründet (act. 6 S. 12, 13). Der Fusi-

- 7 - onsprüfer habe die ihm zur Verfügung stehenden prognostizierten Ist-Zahlen per Juni 2006 nicht berücksichtigt (act. 6 S. 12). Daher sei die Angemessenheit der Abfindung mittels eines Gutachtens zu überprüfen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, das ■ erstinstanzliche ■ Verfahren sei spruchreif, auf das Beweismittel des Gutachtens könne verzichtet werden, da die Klage abzuweisen sei. Neben dem bereits erwähnten Einwand der fehlenden Passivlegitimation macht sie geltend, die rechtserheblichen Tatsachen zur Frage der Angemessenheit der Abfindung seien unbestritten (act. 2 S. 22 Ziff. 75) bzw. die Klage sei nicht substantiiert (act. 7/12 S. 33 ff.); allenfalls beruft sie sich auf eine antizipierte Beweiswürdigung (act. 7/12 S. 35 f.). b) Ob die Anordnung des Gutachtens als

solche im Sinne von Art. 319 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 ZPO als anfechtbar zu betrachten und auf das Eventualbegehren überhaupt einzutreten ist, kann letztlich offen bleiben, da, wie zu zeigen ist, das Begehren jedenfalls abzuweisen wäre: Mit ihrer Begründung, es sei auf die Einholung eines Gutachtens zur Überprüfung der Angemessenheit der Abfindungszahlung an die Beschwerdegegner zu verzichten, weil das Verfahren spruchreif sei, rügt die Beschwerdeführerin einerseits, es seien die Voraussetzungen von Art. 105 FusG durch die Vorinstanz zu Unrecht bejaht worden und andererseits ■ sinngemäss ■ sie habe in Verletzung ihrer prozessualen Pflichten ein Beweisverfahren angeordnet. Zu Letzterem gilt es vorab festzuhalten, dass die Prozessleitung grundsätzlich beim Gericht liegt und dieses im Rahmen der Prozessordnung frei ist, wie und in welcher Reihenfolge es über die anstehenden Fragen entscheiden will. Nach der für das erstinstanzliche Verfahren massgeblichen zürcherischen ZPO wird über erhebliche streitige Tatsachen Beweis erhoben (§ 133 ZPO/ZH). Dass sich die Vorinstanz über diese prozessuale Regel hinweggesetzt und mit der Anordnung eines Gutachtens in einer nicht vertretbaren Weise zu Unrecht ein Beweisverfahren initiiert hat, macht die Beschwerdeführerin nicht explizit geltend und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich: Die Beschwerdegegner stützen ihre Klage darauf, dass die Beschwerdeführerin (bzw. deren Muttergesellschaft) ihnen an-

- 8 -lässlich der Barabfindungsfusion einen unangemessenen Abfindungspreis bezahlt habe (Art. 105 Abs. 1 FusG i.V. mit Art. 8 Abs. 2 und 7 Abs. 1 FusG). Sie tragen gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast für das Vorliegen der diesem Tatbestand zugrundeliegenden Tatsachen und das Beweismass ist jenes der strikten Beweisführung (BGE 134 III 255 ff E. 2.4 mit Verweisen). Sie haben demnach darzutun und es trifft sie der Hauptbeweis dafür, dass die Beschwerdeführerin ihr Ermessen mit der Bemessung der Barabfindung auf Fr. 428.-- pro Aktie überschritten oder missbraucht habe (ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 105 N 8; von der Crone et al., Fusionsgesetz, S. 411 Rz. 1049, 1024), d.h. dass sich die dieser Beurteilung zugrundeliegenden Umstände verwirklicht haben, dass die Beschwerdeführerin damit nicht alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt hat und die Abfindung in der Methodik und im Vorgehen nicht nach den Regeln der Kunst ermittelt worden und das Ergebnis nicht einleuchtend sind (von der Crone et al., Fusionsgesetz, S. 399 Rz. 1018; ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 105 N 10). Der Beschwerdeführerin steht es dann frei, den Gegenbeweis zu führen. Kann die behauptete Ermessensüberschreitung nicht bewiesen werden, ist die Klage abzuweisen (ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 105 N 10; SHK FusG-Bürigi/Glanzmann Art. 105 N 6). Die Beschwerdegegner haben vor Vorinstanz unter ausführlicher Schilderung des Hintergrundes und des Umfeldes der Fusion eine unzutreffende Wertermittlung und das Vorhandensein eines Interessenkonfliktes ausdrücklich behauptet (act. 7/1 S. 5 und S. 6 ff.). Sie beriefen sich dabei auf von der Crone, der für den Fall eines Interessenkonfliktes des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans verlangt, dass die Gesellschaft einen von zwei Beweisen zu erbringen habe, entweder den Nachweis, dass das Umtauschverhältnis inhaltlich angemessen sei oder den Nachweis, dass sich der Interessenkonflikt dank geeigneter Massnahmen nicht negativ auf das Zustandekommen des Umtauschverhältnisses auswirkt habe, womit sie die negative Vermutung des Interessenkonfliktes beseitige, aber der Gegenpartei immer noch der Beweis der inhaltlichen Unangemessenheit trotz korrektem Verfahren offen stehe (act. 7/1 S. 15 Ziff. 59 i.V. mit von der Crone, S. 401 Rz. 1024). Die herrschende Lehre sieht zwar auch in solchen Fällen keine Beweislastumkehr vor (BSK FusG-Dubs, Art. 105 N 10, BSK ZGB-Schmid/Lardelli, Art. 80 N 71 ff), statt der grundsätzlichen grossen Zurückhaltung

- 9 - aber eine engmaschigere Prüfung der Unangemessenheit (BSK FusG-Dubs, Art. 105 N 15 ff., 16, 19; CHK FusG-Kurth, Art. 105 N 10). An die Substantiierung der Klage nach Art. 105 FusG dürfen dabei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGE 134 III 255 ff. E.2.4 mit Verweisen). Die Beschwerdeführerin bestritt konkret sowohl das Vorliegen einer Interessenkollision wie auch die fehlende Korrektheit der Wertermittlung. Damit sind entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Grundlagen für die Angemessenheitsprüfung bestritten und ■ da wie gesehen mindestens ein Teil der Lehre diese Umstände als für die Beurteilung der Angemessenheit wesentliche Kriterien betrachtet, kann auch die Erheblichkeit nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Der ■ von den Beschwerdegegnern beantragte (act. 7/1 S. 12 f. Ziff. 43) ■ Beweis mittels eines Gutachtens erscheint überdies grundsätzlich als tauglich und wird von der Literatur zudem empfohlen (SHK FusG-Bürigi/Glanzmann, Art. 105 N 7). Wenn die Beschwerdeführerin im Weiteren davon ausgeht, dass die Angemessenheit der Barabfindungszahlung erwiesen sei und sie jede Vermutung einer Unangemessenheit entkräftet habe, zielt sie damit auf eine vorweggenommene Beweiswürdigung ab. Eine solche wäre zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO/ZH, vor § 133 N 2), dies allerdings nur unter eingeschränkten Voraussetzungen, wobei es an der Vorinstanz ist, darüber zu entscheiden. Grundsätzlich ist wie gesehen gemäss § 133 ZPO/ZH über streitige, rechtserhebliche Tatsachen Beweis abzunehmen. Schliesslich ist festzuhalten, dass über die Frage der Angemessenheit der Abfindung im heutigen Zeitpunkt kein anfechtbarer Entscheid der Vorinstanz vorliegt, weshalb es der Rechtsmittelinstanz bereits aus diesem Grund verwehrt wäre, sich mit der Frage zu befassen. Ob die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Beschwerdegegner angemessen gewahrt sind oder nicht, ist im Endentscheid vorab von der Vorinstanz zu beurteilen. Im Rahmen des vorliegend einzig zu überprüfenden prozessleitenden Entscheides über die Einholung eines Gutachtens bietet sich hierfür kein Raum.

- 10 - Soweit auf das Eventualbegehren überhaupt eingetreten werden könnte, wäre dieses daher abzuweisen. 5. Subeventualantrag (Aufhebung von Disp. Ziff. 1.b und Rückweisung) Gestützt auf Art. 103 ZPO ist der vorinstanzliche Entscheid, welcher die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtete, mit Beschwerde anfechtbar. Die Beschwerdeführerin beantragt, Dispositiv Ziffer 1.b, wonach sie einen Barvorschuss von Fr. 100'000.-- zu leisten habe, aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, einen angemessenen Vorschuss neu zu bestimmen, wenn der Gutachter feststehe. Gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG hat die übernehmende Gesellschaft die Kosten des Verfahrens auch dann zu tragen, wenn sie obsiegt. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägern auferlegen (Art. 105 Abs. 1 Satz 2 FusG). Die Vorinstanz hat im Einzelnen begründet, dass den Beschwerdegegnern weder Verfahrenskosten noch ein Barvorschuss auferlegt werden könne, diese vielmehr durch die Beschwerdeführerin zu tragen seien (act. 3 S. 14/15). Diese Auflage an die Beschwerdeführerin wurde im Beschwerdeverfahren nicht in Frage gestellt und bleibt damit einer Überprüfung entzogen. Angefochten wurde seitens der Beschwerdeführerin einzig die Höhe des Vorschusses und der Zeitpunkt der Festlegung. Sie macht geltend, dass der Vorschuss noch nicht bestimmt werden könne, weil der Gutachter noch nicht bestimmt sei und der Vorschuss in Abhängigkeit der fachlichen Qualifikation und Spezialisierung des Gutachters festzulegen sei (act. 2 S. 32 f.). Der Kostenvorschuss soll die Barauslagen ersetzen. Dessen Höhe ist daher nach den zu erwartenden Auslagen zu bemessen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen

ZPO, Zürich 1997, § 83 N 2; ZR 76 Nr. 22). Wenn die Vorinstanz die Höhe des Vorschusses gestützt auf eine Offerte des von ihr vorgeschlagenen Gutachters festgelegt hat, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, ist dies nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz könnte ohnehin die Höhe des

- 11 - Vorschusses reduzieren, wenn ein Gutachter bestimmt würde, der einen wesentlich tieferen Kostenaufwand in Aussicht stellen würde. Ein Beschwerdegrund im Sinne von Art. 320 ZPO wird denn auch nicht geltend gemacht. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt ohne weiteres abzuweisen. Damit unterliegt die Beschwerdeführerin zweitinstanzlich in vollem Umfang. 6. Streitwert: Der Streitwert richtet sich nach dem Gesamtbetrag der festgelegten Ausgleichszahlungen (CHK FusG-Kurth, Art. 105 N 20; SHK FusG-Bürigi/Glanzmann, Art. 105 N 25) bzw. ist der Betrag, den die beklagte Partei bei Unterliegen sämtlichen Gesellschaftern in gleicher Rechtsstellung zu zahlen hätte (Art. 105 Abs. 2 FusG; ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 105 N 52). Da dieser Betrag im jetzigen Zeitpunkt noch nicht feststeht, ist - vorläufig - auf die von den Beschwerdegegnern im Eventualbegehren genannte Summe abzustellen (act. 7/2 S. 3 Ziff.5); die Beschwerdeführerin nannte keinen höheren Betrag. 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen: Bei dem vorerwähnten Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, und es ist diese zu verpflichten, den Beschwerdegegnern eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist ausgehend von einer Grundgebühr von rund Fr. 13'100.-- in Anwendung von § 13 in Verbindung mit § 2 und 4 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 auf Fr. 3'500.-- festzusetzen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.